Current Issue Review

89-6E

MINORITY LANGUAGE EDUCATION RIGHTS: SECTION 23 OF THE CHARTER

JEAN-CHARLES DUCHARME
LAW AND GOVERNMENT DIVISION

24 MAY 1989

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

Research Branch

90-01849/

The Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultations in their respective fields of expertise.

© Minister of Supply and Services Canada 1989

Cat. No. YM32-1/89-6E
ISBN 0-660-13327-X

CE DOCUMENT EST AUSSI
PUBLIÉ EN FRANÇAIS

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

MINORITY LANGUAGE EDUCATION RIGHTS: SECTION 23 OF THE CHARTER

ISSUE DEFINITION

With the proclamation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms on 17 April 1982, a new dimension was introduced to the Canadian educational system: a constitutionally entrenched right to minority language education. Prior to the Charter's passage, the language of instruction in publicly-funded schools was determined solely by the provinces, which, in the exercise of their quasi-absolute jurisdiction over education, were free to grant or not to grant minority language education. That not all the provinces reacted to this with the same enthusiasm is a matter of record.

Section 23 of the Charter enables Canadian parents to have their children educated in the official language of their choice. However, the right to minority language education is not an absolute one; certain conditions must be met before the right can be claimed. After a brief discussion of the relationship between denominational and linguistic rights, this paper describes conditions for exercising rights to minority language education and the scope of these rights.

BACKGROUND AND ANALYSIS

A. Denominational and Linguistic Rights

At Confederation, the provinces were given exclusive jurisdiction over education (section 93 of the Constitution Act, 1867). However, due to considerable protest from the English Protestant minority

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

of Quebec and the Roman Catholic minority of Ontario, who feared the possible elimination of their separate schools by the provincial government, it was agreed that the provinces' exclusive jurisdiction over education would be made subject to certain safeguards. They were, first, that no law passed by the provinces could "prejudicially affect any right or privilege with respect to denominational schools which any class of persons have by law in the province at the Union" (section 93(1)). Second, it was provided that where in a province a system of separate or dissenting schools existed by law either at the time of Union or was established thereafter, an appeal could be taken to the federal Cabinet with regard to any act or decision of the provincial legislature that affected "any right or privilege of the Protestant or Roman Catholic minority of the Queen's subjects in relation to education" (section 93(3)). In the case of such an appeal, the federal Cabinet could recommend a solution to the conflict and, if its counsel was not acted upon by the provincial authority, it was empowered to enact, through Parliament, whatever remedial law was necessary to give effect to the constitutional provisions (section 93(4)).

The intent of the Fathers of Confederation, therefore, was to protect from provincial interference the educational system of each official language minority; the means used to achieve this intent was essentially to freeze whatever school system existed for the benefit of a minority at the time of the Union; that is to say, whatever educational rights were enjoyed by these groups prior to Confederation could not be diminished following Confederation, although the provinces could always improve upon them if they saw fit to do so. However, a major and unanticipated shortcoming of the section 93 protections was that they were drawn along denominational lines rather than linguistic ones. Accordingly, even though the Roman Catholics of Ontario, many of whom were French-speaking, were constitutionally entitled to their publicly-supported separate schools (since these had existed by law at Confederation), they were not free to instruct their pupils in the language of their choice. That this was so became clear in the controversial 1917 case of Trustees of

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

the Roman Catholic Separate Schools for Ottawa v. Mackell.* At issue in the Mackell case was the validity of Standing Order 17 passed in 1912 by the Ontario government, which mandated that English become the sole language of instruction after the third grade, with the study of French as a subject limited to one hour a day. Opposition from French Canadians to Standing Order 17 was predictably swift and the matter was soon brought before the courts.

The Judicial Committee of the Privy Council in England (then Canada's highest appellate tribunal) ultimately found for the province on the ground that the pre-Confederation statutory right vested in the separate school trustees to determine "the kind and description of schools to be established" did not give them control over the language of instruction since the protection at section 93(1) extended only to the rights and privileges attached to "denominational" teaching. The "class of persons" to which section 93(1) referred, it was held, was a class of persons joined together by the ties of faith rather than language. The Mackell case, therefore, rightly or wrongly, established that, at least insofar as the language of instruction was concerned, the provinces had absolute authority. Whether the plaintiffs could have obtained redress by appealing to the federal cabinet pursuant to section 93(3) is a moot point. The federal government has never exercised its supreme remedial power under 93(4). On only one occasion did it attempt to do so, when it went so far as to introduce a bill in the House of Commons in response to the Manitoba school crisis of 1890. However, an election was soon called and the government defeated, seemingly because of its position on the Manitoba school question. Since that time, the federal government has never attempted to intervene directly in matters of education in the provinces.

The adoption of section 23 of the Charter has in no way modified the denominational rights provided under section 93 of the Constitution Act, 1867, since their protection is expressly preserved under

---

* The full citation of the cases mentioned herein appears in a table of cases at the end of this paper.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

section 29 of the Charter. In Re Education Act of Ontario, the Ontario Court of Appeal ruled that there was nothing in section 93 of the Constitution Act, 1867 to prevent section 23 from being applied with equal force and effect to denominational schools, given that the former section is concerned with denominational teaching, whereas the latter section deals with the language of instruction. Quite apart from the Charter, it was stated, the province was entitled to enact laws respecting minority language instruction in denominational schools without violating section 93. It followed that to do so in order to comply with the Charter could not constitute an abrogation or derogation of any constitutionally protected denominational rights or privileges.

B. Conditions for Exercising Minority Language Education Rights

Minority language education rights are far from automatic. In addition to being subject to the general conditions applicable to other rights guaranteed by the Charter, they are subject to specific conditions of two types: those relating to citizens (sections 23(1) and (2)) and those relating to numbers (section 23(3)).

1. General Conditions

Like the other rights and freedoms guaranteed under the Charter, the right to minority language education is subject to section 1 of the Charter and may, therefore, be subject to "such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society." Citizens may, therefore, be denied this right if it is shown that withholding the service is justified on the basis of this provision.

In Quebec Association of Protestant School Boards v. Attorney General of Quebec, the Supreme Court of Canada confirmed this possibility, even though it did not consider the limitation imposed by Bill 101 to be reasonable. In fact, the Court found that section 23 specifically sought to remedy shortcomings in Canadian educational systems. Moreover, in Mahé v. Alberta (which will be heard in the near future in the Supreme Court of Canada), the Alberta Court of Appeal also

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

recognized that section 1 applies to the rights guaranteed under section 23. One might speculate, however, that legal authorities would be reluctant to apply section 1, in light of the existence of the specific conditions for exercising the rights guaranteed under section 23.

Moreover, the derogatory power provided under section 33 of the Charter does not apply to section 23; provincial legislatures may not, therefore, derogate from its provisions.

2. Personal Qualifications

Subsections 23(1) and (2) of the Charter state:

> 23.(1) Citizens of Canada
> (a) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or
> (b) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province,
> have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.
>
> (2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.

The right to minority language education is limited to Canadian citizens. Non-citizens, such as landed immigrants, do not qualify. Furthermore, the right vests in the parents who otherwise qualify, and not their children, the only requirement is that the parents themselves qualify.

Parents who are Canadian citizens qualify under either one of the three following situations:

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

a. Where the parents reside in a province in which their first language learned and still understood is the minority language of the province (section 23(1)(a)).*

It seems clear that the "first language learned" must be either French or English, whether learned in Canada or abroad. Parents whose first language is other than French or English do not qualify. Those for whom the first language learned was French or English, however, will qualify only if they still "understand" that language. Furthermore, the right only arises where the "first language" of the parent is the minority official language of his or her province of residence. It follows that the "minority language" is calculated on a province-wide basis, as compared with a regional one. Therefore, parents whose first language learned constitutes the majority language within their province of residence have no recourse under this provision if they would like to have their children educated in the minority language, even though the latter may predominate in their given region.

b. Where the language of instruction received by a parent in a primary school in Canada is the minority language of the province in which he or she now resides (section 23(1)(b)).

Unlike the former provision, which was based on one's first language learned and still understood, whether in Canada or elsewhere, this paragraph applies to parents who actually were taught in whatever official language constitutes the minority language within their province of residence. However, these parents qualify only if they were educated in that given language at the primary school level - the language of instruction at the secondary school level being irrelevant - and only if the same occurred in a Canadian school. This provision is commonly called the "Canada clause."

---

* By virtue of section 59 of the Charter, the province of Quebec is exempted from the application of this provision until such time as the province, through legislative or executive fiat, opts in.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

c. Where the parents have a child who has received or is receiving his or her primary or secondary school instruction in Canada in either official language.

In this case, the parents have the right to have all their children educated in that same language (section 23(2)). Unlike the previous provisions, this subsection is less concerned with the right to minority language instruction than it is with the uniformity of linguistic instruction among siblings.

It was by virtue of these last two provisions that the Supreme Court of Canada first handed down a decision on section 23 of the Charter. In the case of Quebec Association of Protestant School Boards v. Attorney General of Quebec, the Court in a unanimous judgment invalidated certain provisions of Quebec's Bill 101 (The Charter of the French Language), specifically those provisions that restricted access to English instruction to:

1) children whose father or mother received his or her elementary schooling in English in Quebec;

2) children whose mother or father who, having received elementary schooling in English outside Quebec, were domiciled in Quebec on 26 August 1977; and

3) any child who, prior to the above date, was receiving his or her instruction in English in Quebec, as well as any younger siblings of that child.

Although holding that section 23 of the Charter could be subject to the limitation clause at section 1, the Court did not agree that the uniformity of criteria applied throughout the country for access to minority language education should be limited by provincial provisions. The "Quebec clause" was, therefore, rejected and replaced by the "Canada clause."

3. Conditions Relating to Numbers

The last part of section 23 of the Charter provides:

> 23(3) The right of citizens of Canada under subsections (1) and (2) to have their children receive primary and secondary school instruction in the language of the

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> English or French linguistic minority population of a province
> (a) applies wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction; and
> (b) includes, where the number of those children so warrants, the right to have them receive that instruction in minority language educational facilities provided out of public funds.

Pursuant to this provision, the Charter foresees the provision of minority language "instruction" as well as minority language "educational facilities" for citizens who meet one of the criteria of section 23(1) and (2), wherever in the province there is a sufficient number of eligible pupils to warrant organizing and financing of such services out of public funds. The pivotal criterion, therefore, is the number of eligible pupils that would justify provision of service, a numerical standard which, if not met, gives rise to no right at all under the Charter.

It is evident from the jurisprudence that the number required to receive minority language education (section 23(3)(a)) must be clearly differentiated from the number required to have the right to minority language educational facilities (section 23(3)(b)). In fact, two different rights are involved here - hence the plural form used in the title of section 23: "minority language education rights."

For example, in the case of Re Education Act of Ontario, the Ontario Court of Appeal ruled that the right conferred by section 23(3)(b) is more extensive than that conferred by section 23(3)(a), since the educational facilities involved must be those of the minority and must be homogeneous. Moreover, in the case of Commission des écoles fransaskoises Inc. v. Attorney General of Saskatchewan, the provincial Court of Queen's Bench ruled that the definition of "sufficient numbers" depends on whether the right to minority language education or the right to minority language educational facilities is involved. In the case of Re School Act, the Prince Edward Island Court of Appeal reached a similar conclusion and, in the case of Mahé v. Alberta, the Alberta Court of Queen's Bench concluded that the numbers warranting the right to minority language education did not necessarily warrant the right to minority language educational facilities. Finally, in the case of Lavoie v. Attorney General of Nova

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Scotia, the Court of Appeal in this province ruled that the number required under section 23(3)(b) must be greater than that required under section 23(3)(a), because the cost is higher.

The wording of section 23(3) does not, however, enlighten us as to the method of determining sufficient numbers. Should the real or potential number of requests be used? Apart from Marchand v. Simcoe Board of Education, in which the decision was in favour of using the potential number of requests based on demographic data, other decisions on the issue (Mahé, Commission des écoles fransaskoises Inc., Re School Act and Lavoie) were all in favour of using real numbers, based on requests or official registrations, along with adequate advertising to inform parents of their rights (cases Re School Act and Lavoie). The use of demographic data, therefore, was not convincing to the majority of courts.

a. Right to Minority Language Education

The first decision on the issue of the numbers warranting minority language education was handed down in the case of Re Education Act of Ontario, in which the Ontario Court of Appeal ruled that numbers should not be determined according to established school districts, but rather from a provincial perspective. In addition, the Court did not agree that discretionary power over determining numbers should be granted to school boards, for the number can only be set by legislative or executive fiat. These principles were upheld by the Alberta Court of Appeal in the Mahé case, which will be heard soon by the Supreme Court of Canada.

Various decisions have dealt specifically with the issue of numbers warranting minority language education. In the case of Re Education Act of Ontario, the Ontario Court of Appeal ruled that the requirement for 25 pupils in primary schools and 20 pupils in secondary schools was unconstitutional because it was based on figures that were too rigid and arbitrary and did not take local circumstances into consideration. (Subsequently, in December 1984, the Ontario Legislative Assembly passed Bill 119, which stipulated that the minimum number was "one.") In the case of Commission des écoles fransaskoises Inc., the Saskatchewan Court of Queen's Bench ruled that the number of 15 pupils per class was by

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

no means arbitrary or unreasonable. In the case of Re School Act, the Prince Edward Island Court of Appeal judged that it did not have the required elements of proof regarding transportation, costs or size of area to rule on the validity of the number of 25 pupils over three educational levels, but it did rule that section 23 does not demand that the number required for the right to education be the same for minority language students as for majority language students. Finally, in Lavoie v. Attorney General of Nova Scotia, the Nova Scotia Court of Appeal ruled that 50 pupils from grade 1 to grade 8 represented sufficient numbers, because the right to minority language education must be considered a minimum constitutional right. There are clearly differences in current case law regarding sufficient numbers. The differences in the facts of each situation and the varying interpretations given by the courts show how difficult it would be to arrive at a single number for all parts of the country.

b. Right to Minority Language Educational Facilities

The principles set out by the Ontario Court of Appeal regarding the right to minority language education (numbers not limited by school board territories and no discretionary powers granted to school boards) also apply to the right to minority language educational facilities.

Without specifying numbers, the Prince Edward Island Court of Appeal, in the case of Re School Act, ruled that the number required for the right to minority language educational facilities was higher than that required for the right to minority language education. In the Mahé case, the Alberta Court of Appeal was more explicit, and ruled that the numbers required are related to the costs and that a school board with 500 pupils in Edmonton would not be economically feasible. Finally, in the Lavoie case, the Nova Scotia Court of Appeal ruled that 50 pupils did not warrant the financing of a homogeneous educational facility. To date, these are the only two courts which have had to rule on the specific number warranting the right to minority language educational facilities. Once again, the number required must differ from province to province, and it would seem rash to establish a number that would be valid across Canada.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

C. Scope of Minority Language Education Rights

1. The Right to Instruction

The right to instruction applies to schooling for children of eligible parents at the elementary and secondary levels; it does not extend to post-secondary education. Case law is somewhat vague about the nature of this instruction.

The New Brunswick Supreme Court, in Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick v. Minority Language School Board No. 50, ruled that Francophones have no obligation to attend French schools; the exercise of their right is thus optional. The Court also ruled that paragraph 23(3)(a) provides the right to instruction in French, not to French immersion programs in an English-language school. What is required, therefore, is a complete educational program provided in the minority language, not basic instruction. In the same vein, the British Columbia Supreme Court, in Whittington v. Board of School Trustees of Schools District No. 63 (Saanich), concluded that paragraph 23(1)(a) in no way accords members of the Anglophone majority a right to send their children to French immersion classes: it guarantees rights only to each province's language minority.

The Ontario Court of Appeal, in Re Education Act of Ontario, ruled that the right to instruction comprises not only the right to classes but also the right to an education that reflects and transmits the values of the minority official language community. The Alberta Court of Appeal, in Mahé, confirmed that to be educated in French involves more than simply learning French, because the purpose of education is to make a person sufficiently adept in his or her language to enable him or her to participate effectively in one of Canada's two language communities. The Court also opened the possibility of homogeneous programs by ruling that pedagogical requirements might entail separate facilities for minority-language children as well as the exclusion of children whose parents' language capabilities were not up to a certain level. Finally, the Nova Scotia Court of Appeal, in Lavoie, ruled that the right to education includes the right to an appropriate environment, consisting at a minimum

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

of teachers, classrooms, textbooks, supplies, audio-visual equipment, and any other articles needed to provide instruction in the minority language.

2. The Right to Educational Facilities

The right to educational facilities applies to the framework in which instruction is provided. "Facilities" may refer to classrooms, entire schools or homogeneous school boards, depending on numbers. Ancillary services and installations (cafeterias, gymnasia, etc.) have also been recognized as part of the facilities to which official language minorities are entitled. The courts have recognized another aspect as well: the right of school governance.

The Ontario Court of Appeal, in Re Education Act of Ontario, recognized the right of school governance for the first time without, however, defining its substance or form. The Court limited itself to indicating that this right guaranteed the minority's exclusive authority over those minority language-related aspects of education, ruling that parents have the right to participate in the governance of their children's educational facilities and that one possible way to achieve this participation might be guaranteed proportional representation. The Court concluded that the right of governance does not in itself depend on minimum numbers but is subsumed in the right to facilities, which does require minimum numbers.

The Alberta Court of Queen's Bench, in Mahé, ruled that facilities should take the form of homogeneous schools with right of governance. It did not define the form of this right but did stipulate that it would not necessarily entail the creation of homogeneous school boards. Furthermore, it enumerated the areas in which governance could be exercised: instruction-related expenditures, the hiring and overseeing of persons responsible for administration and instruction, the establishment of programs, personnel recruitment and deployment, and agreements relating to education. The Court also ruled that no particular form of governance is provided for, that only communities with a certain level of population could expect to obtain the full governance infrastructure (i.e., homogeneous school boards), that the choice of governance structure remained

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

with the province, and that the minority's right of governance was not necessarily equivalent to the majority's because costs were involved. Education guarantees may thus prove to be restricted by what is economically feasible.

The Saskatchewan Court of Queen's Bench, in Commission des écoles fransaskoises Inc., ruled that the right of governance is subsumed in the right to facilities, that it cannot be restricted to advisory committees (although these are acceptable in the context of the right to instruction), and that it does not automatically entail the establishment of homogeneous schools (given the issue of cost).

The Prince Edward Island Court of Appeal, in Re School Act, did not deal explicitly with the right of governance but did recognize a right to participate in the development and implementation of programs (via school trustees), which would apply to the whole of section 23 (and thus as much to the right to instruction as to the right to facilities).

Lastly, the Nova Scotia Court of Appeal, in Lavoie, ruled that the right to facilities includes the right to elect trustees, to hold meetings and to run schools. The Court also concluded that the institutional mechanisms for implementing school governance should be determined by the province.

3. Equality of Services

The courts tackled one final aspect of minority language education rights as provided under section 23, namely the equality of the services offered to the minority and to the majority.

In Re Education Act of Ontario, the Ontario Court of Appeal ruled that the instruction given to minority language groups must be equal in quality to that received by the majority group. In the Marchand case, the Supreme Court of Ontario ruled that educational institutions must be of the same quality, that is, minority schools must have the same advantages (notably transportation services and related facilities) as majority schools. This ruling is based on the very nature of section 23, in the light of section 15 of the Charter. In Marchand, the Court even ordered the school board to build a gymnasium, workshop and cafeteria.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

In Marchand and in the Commission des écoles fransaskoises Inc., the courts ruled that majority and minority services must be of equal quality, but that each case should be weighed on its own merits. Furthermore, they stated that this right derives solely from section 23 (with specific, limited guarantees) and not from section 15; in the opinion of the courts, section 15 cannot be used to interpret section 23, since the latter is exempt from its provisions.

The Prince Edward Island Court of Appeal ruled, in Re School Act, that equal treatment must be provided where numbers are equal, effectively tying in equality with numbers and circumstances. Contrary to the stipulations of the Marchand decision, services would not automatically have to be of the same quality as those of the majority.

Lastly, in the case of Lavoie, the Supreme Court of Nova Scotia ruled that schools should be reasonably accessible to students; they should not be located at too great a distance from the geographic area in which the majority of the students reside, to avoid lengthy bus rides. The Court even stipulated that 40 to 50-minute bus rides were too long for elementary school students and that 20 to 30-minute rides would be acceptable. It designated those areas in which education rights could be recognized. This was the first time a court had acted in the place of a school board in a matter of this kind.

D. Comments

The rights provided for under section 23 are complex and difficult to interpret because of the conditions placed on exercising them. Furthermore, despite the national scope and constitutional nature of this section, how it is actually applied depends on the prevailing situation in each province or area and on demographic and linguistic conditions.

On the basis of the rulings handed down, we can conclude that the text of section 23 has been interpreted in a broad manner, as was the case notably in the ruling of the Supreme Court of Ontario in Re Education Act of Ontario. The principles stated in this section are not,

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

however, always applied in such a broad fashion, particularly as regards costs and the "where numbers warrant" provision.

It will be interesting to see what attitude the Supreme Court of Canada will adopt when it hands down its ruling in Mahé. Will it confirm the broad interpretation of the principles? Will it opt for a freer approach? Will any mention be made of the "historical compromise" thesis, which has been used in linguistic cases to justify a restrictive approach?

Until now, the courts have been largely content to interpret the provisions of section 23 and have avoided issuing orders. It will be interesting to note whether this attitude will change in light of clarifications arising from actual cases. The next ruling of the Supreme Court of Canada should provide us with some partial answers.

CHRONOLOGY

1867 - The Fathers of Confederation protected the right to denominational schools in section 93 of the Constitution Act, 1867, but no mention was made in the legislation of language rights in education.

1917 - The Judicial Committee of the Privy Council upheld the validity of Standing Order 17 passed by the Ontario government in 1912 on the ground that section 93 of the Constitution Act, 1867 only protected pre-Confederation rights and privileges relating to denominational teaching and not the language of instruction (Trustees of the Roman Catholic Separate Schools for Ottawa v. Mackell).

1968 - Established in 1963 to enquire into and recommend means of strengthening bilingualism and biculturalism in Canada, the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism published a report in four volumes, the second of which advocated the provision of publicly-supported education in each of the official minority languages at both the elementary and secondary levels in bilingual districts.

1969 - The federal government issued a document entitled The Constitution and the People of Canada, in which it recommended a constitutionally entrenched minority language education right for individuals to receive instruction in

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

the language of their choice in areas where that language is the choice of a number of persons sufficient to justify the provision of the necessary facilities.

1970 - A federal-provincial agreement was concluded on the creation of a program of bilingualism in education. The federal government agreed to fund part of minority language and second language education, using a formula based on enrolment levels and on the time devoted to such programs in each province.

1977 - At a First Ministers' Conference in St. Andrews, the provincial premiers agreed to make their best efforts to provide minority language instruction in English and French wherever numbers warrant. This initial commitment was revised the following year at the Premiers' Conference in Montreal, at which time it was agreed that each child of the French-speaking or English-speaking minority is entitled to an education in his or her language in the elementary or secondary schools in each province, where numbers warrant.

1978 - The federal government issued a White Paper entitled A Time for Action and introduced Bill C-60, the Constitutional Amendment Act, which proposed a charter of rights and freedoms that would guarantee, among other things, a minority language education right.

1979 - Established in 1977 to enquire into questions relating to Canadian unity, the Task Force on Canadian Unity issued a series of reports. In its report entitled A Future Together, the Task Force emphasized the need for provincial enactments to protect minority language education rights in accordance with the terms of the agreement reached at the Premiers' Conference in Montreal in 1978. The report stressed that such rights should also be accorded to children of either minority who change their province of residence.

1980 - The federal government tabled the Proposed Resolution for a Joint Address to Her Majesty the Queen respecting the Constitution of Canada, following which a Special Joint Committee of the Senate and House of Commons was established to consider and report upon the proposed resolution. In committee, section 23 of the Charter on minority language education rights was amended several times.

1982 - The Constitution Act, 1982 was proclaimed.

1988 - Passage of the new Official Languages Act, whereby the federal government undertook to promote the growth and support the development of minority official languages in Canada.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

SELECTED BIBLIOGRAPHY

Beaudoin, Gérald-A. "Les droits des minorités: mythe ou réalité? La protection constitutionnelle des minorités." Les Cahiers de droit, Vol. 27, No. 1, March 1986, p. 31-52.

Bilodeau, Roger. "La langue, l'éducation et les minorités: avant et depuis la Charter canadienne des droits et libertés." Manitoba Law Journal, Vol. 13, No. 3, 1983, p. 371-388.

Braen, André. "Les droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada et l'interprétation judiciaire." Revue générale du droit, Vol. 19, 1988, p. 311-337.

Canada, Commissioner of Official Languages, Annual Report 1985. Minister of Supply and Services Canada, 1986. See, in particular, "Part V: Youth, Languages and Education."

Canada, Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism. Book II: Education. Ottawa, 1968.

Canada, Statistics Canada. Minority and Second Language Education, Elementary and Secondary Levels, 1984-1985. Catalogue 81-257. Minister of Supply and Services Canada, 1986.

Canada, The Task Force on Canadian Unity. A Future Together. Ottawa, 1979.

Foucher, Pierre. "Les droits linguistiques en matières scolaires." Les droits linguistiques au Canada. Michel Basterache et al, ed. Editions Yvon Blais Inc., Montreal, 1986, p. 269-325.

Foucher, Pierre. Les droits scolaires constitutionnels des minorités de langue officielle du Canada. Ottawa, Supply and Services Canada, 1985.

Foucher, Pierre. "Les droits scolaires des Acadiens et la Charte." University of New Brunswick Law Journal, Vol. 33, 1984, p. 97-153.

Magnet, Joseph E. "Minority Language Educational Rights." Supreme Court Law Review, Vol. 4, 1982, p. 195-216.

Pollard, Bruce G. "Minority Language Rights in Four Provinces." In Peter Leslie, ed., Canada: The State of the Federation 1985. Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1985, p. 193-222.

Proulx, Daniel. "La Loi 101, la clause-Québec et la Charte canadienne devant la Cour suprême: un cas d'espèce?" Revue générale de droit, Vol. 16, No. 1, 1985, p. 167-193.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Proulx, Daniel. "La précarité des droits linguistiques scolaires ou les singulières difficultés de mise en oeuvre de l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés." Revue générale de droit, Vol. 14, No. 2, 1983, p. 335-370.

Woehrling, José. "Minority and Equality Rights." McGill Law Journal, Vol. 31, 1985, p. 51-92.

TABLE OF CASES

Trustees of the Roman Catholic Separate Schools for Ottawa v. Mackell, [1917], A.C. 62 (Privy Council Judicial Committee).

Quebec Association of Protestant School Boards v. Attorney General of Quebec, [1982], C.S. 673, 140 D.L.R. (3d) 19 (Quebec Superior Court); confirmed [1983], C.A. 77 (Quebec Court of Appeal); confirmed [1984], 2 S.C.R. 66, 10 D.L.R. (4th) 321 (Supreme Court of Canada).

Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick v. Minority Language School Board No. 50 (1983), 48 N.B.R. (2d) 361 (New Brunswick Court of Queen's Bench); (1987), 40 D.L.R. (4th) 704 (New Brunswick Court of Appeal).

Reference Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights, (1984), 47 D.L.R. (4th) 491 (Ontario Court of Appeal).

Jean-Claude Mahé v. Alberta (1985), 39 Alb. L.R. (2d) 215 (Alberta Court of Queen's Bench); (1987), 42 D.L.R. (4th) 514 (Alberta Court of Appeal).

Jacques Marchand v. The Simcoe County Board of Education (1986), 29 D.L.R. (4th) 596 (Ontario Supreme Court); 44 D.L.R. (4th) 171 (Ontario Supreme Court).

Whittington v. Board of School Trustees of School District No. 63 (Saanich) (1987), 44 D.L.R. (4th) 128 (British Columbia Supreme Court).

Laurent Lavoie et al. v. Attorney General of Nova Scotia and Cape Breton District School Board (1988), 47 D.L.R. (4th) 586 (Nova Scotia Supreme Court); (1988), 50 D.L.R. (4th) 405 (Nova Scotia Supreme Court); (30 August 1988), (Nova Scotia Supreme Court); quashed (30 March 1989), (Nova Scotia Court of Appeal).

Commission des écoles fransaskoises Inc. v. Attorney General of Saskatchewan (1988), 48 D.L.R. (4th) 315 (Saskatchewan Court of Queen's Bench).

Reference Re School Act, (1988), 49 D.L.R. (4th) 499 (Prince Edward Island Court of Appeal).

Bulletin d'actualité

89-6F

LES DROITS À L'INSTRUCTION DANS LA LANGUE DE LA MINORITÉ: L'ARTICLE 23 DE LA CHARTE

JEAN-CHARLES DUCHARME
DIVISION DU DROIT ET DU GOUVERNEMENT

LE 24 MAI 1989

Bibliothèque du Parlement
Library of Parliament

Service de recherche

Le Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, il assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1989

N° de cat. YM32-1/89-6F
ISBN 0-660-92726-8

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

LES DROITS À L'INSTRUCTION DANS LA LANGUE DE LA MINORITÉ: L'ARTICLE 23 DE LA CHARTE

DÉFINITION DU SUJET

La proclamation de la Charte canadienne des droits et libertés, le 17 avril 1982, a conféré une dimension nouvelle au système canadien d'éducation: le droit, inscrit dans la Constitution, à l'instruction dans la langue de la minorité. Avant l'adoption de la Charte, seules les provinces déterminaient la langue d'enseignement dans les écoles publiques et, dans l'exercice de leur compétence quasi absolue en matière d'enseignement, elles étaient libres d'accorder ou de refuser que la minorité soit instruite dans sa langue. À cet égard, il est bien connu que les provinces n'ont pas toutes réagi avec le même enthousiasme.

L'article 23 de la Charte permet aux parents canadiens de faire instruire leurs enfants dans la langue officielle de leur choix. Toutefois, ce droit à l'instruction dans la langue de la minorité n'est pas absolu; certaines conditions doivent être remplies pour qu'il se concrétise. Après un bref rappel sur les rapports entre droits confessionnels et droits linguistiques, le présent bulletin traite des conditions d'exercice des droits à l'instruction dans la langue de la minorité et de l'étendue de ces droits.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

CONTEXTE ET ANALYSE

A. Droits confessionnels et droits linguistiques

Lors de la Confédération, les provinces ont reçu la compétence exclusive en matière d'éducation (article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867). Toutefois, devant la vive opposition de la minorité protestante anglophone du Québec et de la minorité catholique de l'Ontario, qui redoutaient la suppression possible de leurs écoles confessionnelles par le gouvernement provincial, il a été convenu que la compétence exclusive des provinces en matière d'éducation serait soumise à certaines garanties. Premièrement, aucune loi adoptée par les provinces ne devrait "préjudicier à un droit ou privilège conféré par la loi, lors de l'Union, à quelque classe particulière de personnes dans la province relativement aux écoles confessionnelles" (paragraphe 93(1)). Deuxièmement, dans une province où un système d'écoles séparées ou dissidentes existait aux termes de la loi lors de l'Union ou était établi par la suite, il pourrait être interjeté appel au Cabinet fédéral de toute loi ou décision d'une autorité provinciale qui toucherait à "des droits ou privilèges de la minorité protestante ou catholique romaine des sujets de la Reine relativement à l'éducation" (paragraphe 93(3)). Enfin, dans le cas où un tel appel serait interjeté, le Cabinet fédéral pourrait recommander une solution au conflit; si celle-ci n'était pas dûment mise à exécution par l'autorité provinciale, le Parlement du Canada pourrait édicter des lois réparatrices pour donner la suite voulue aux dispositions constitutionnelles (paragraphe 93(4)).

L'intention des Pères de la Confédération était donc de protéger contre toute ingérence provinciale le système d'éducation de l'une ou l'autre des minorités de langue officielle; le moyen utilisé pour atteindre ce but a consisté principalement à conserver aux systèmes scolaires minoritaires le statut dont ils bénéficiaient lors de l'Union, c'est-à-dire que tous les droits dont jouissaient les minorités en matière d'éducation avant la Confédération ne pourraient être restreints par la suite, les provinces pouvant toujours faire des améliorations si elles le

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

jugeaient nécessaire. Toutefois, l'article 93 renfermait une grave lacune, qu'on ne pouvait sans doute prévoir: les garanties étaient formulées en fonction de distinctions confessionnelles plutôt que linguistiques. Par conséquent, même si les catholiques de l'Ontario, dont un grand nombre étaient francophones, avaient droit, aux termes de la Constitution, à des écoles séparées subventionnées par l'État (qui existaient déjà légalement au moment de la Confédération), ils n'étaient pas libres de faire instruire leurs enfants dans la langue de leur choix. Ils l'ont appris à leurs dépens au cours d'une affaire controversée, Trustees of the Roman Catholic Separate Schools for Ottawa c. Mackell*. Dans cette affaire, on remettait en question la validité du Règlement 17 adopté en 1912 par le gouvernement de l'Ontario, qui prévoyait que l'anglais deviendrait la seule langue d'instruction après la troisième année, tandis que l'étude du français serait limitée à une heure par jour. L'opposition au Règlement 17 a été véhémente de la part des Canadiens français, comme il fallait s'y attendre, et la question a été rapidement portée devant les tribunaux.

Le Comité judiciaire du Conseil privé d'Angleterre (alors le plus haut tribunal d'appel du Canada) a finalement rendu un jugement en faveur de la province, au motif que le droit accordé avant la Confédération aux conseils d'écoles séparées de déterminer "le genre et la description des écoles qui doivent être établies" ne leur donnait pas le contrôle sur la langue d'instruction, puisque la protection accordée aux termes du paragraphe 93(1) ne s'étendait qu'aux droits et privilèges rattachés à l'enseignement "religieux". Pour le Comité judiciaire, la "classe de personnes" visée par le paragraphe 93(1) était formée de personnes unies par les liens de la foi et non par ceux de la langue. Par conséquent, à tort ou à raison, l'affaire Mackell a fait ressortir que les provinces avaient tous les pouvoirs en ce qui a trait à la langue d'instruction. Que les plaignants aient pu ou non obtenir justice en interjetant appel au Cabinet fédéral conformément au paragraphe 93(3) est une question discutable. Le gouvernement fédéral ne s'est jamais prévalu du pouvoir réparateur suprême que lui confère le paragraphe 93(4). Il n'a été

---

* La liste complète des arrêts mentionnés figure à la fin du présent bulletin.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

tenté de le faire qu'à une seule occasion, lorsqu'il est allé jusqu'à présenter un projet de loi à la Chambre des communes pour essayer de régler ce qu'on a appelé la crise des écoles du Manitoba en 1890. Toutefois, une élection a été rapidement convoquée et le gouvernement a été défait en raison, semble-t-il, de sa position sur cette question. Depuis lors, le gouvernement fédéral n'a jamais cherché à intervenir directement dans les affaires d'éducation des provinces.

L'adoption de l'article 23 de la Charte n'a aucunement modifié les droits confessionnels prévus à l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867, car l'article 29 de la Charte prévoit leur maintien. La Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire Re Education Act of Ontario, a conclu que l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 n'empêche nullement l'article 23 de la Charte de s'appliquer intégralement aux écoles confessionnelles, puisque le premier traite de l'enseignement religieux tandis que le second traite de la langue d'enseignement. La Cour a jugé qu'indépendamment de la Charte, la province a le droit, sans violer l'article 93, de faire des lois touchant l'instruction dans la langue de la minorité dans les écoles confessionnelles. Donc, si elle légifère dans le but de se conformer à la Charte, elle ne peut le faire en abrogeant ou en violant les droits ou privilèges confessionnels protégés par la Constitution.

B. Conditions d'exercice des droits à l'instruction dans la langue de la minorité

Les droits à l'instruction dans la langue de la minorité ne sont pas des droits d'exercice automatique. En plus d'être assujettis aux conditions générales applicables aux autres droits garantis par la Charte, ils sont liés au respect de conditions particulières de deux natures différentes: les conditions relatives aux citoyens (paragraphes 23(1) et (2)) et les conditions relatives aux nombres (paragraphe 23(3)).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

1. Conditions générales

Comme les autres droits et libertés garantis dans la Charte, les droits à l'instruction dans la langue de la minorité sont assujettis à l'article 1er de la Charte et peuvent donc être restreints "dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique". Des citoyens peuvent donc être privés de ces droits s'il est démontré que les autorités ne sont pas tenues d'offrir les services en cause aux termes de cette disposition.

Dans l'affaire Association des commissions scolaires protestantes du Québec c. Procureur général du Québec, la Cour suprême du Canada a confirmé cette possibilité, bien qu'elle n'ait pas jugé raisonnable la limite imposée par la loi 101; en effet, d'après elle, l'article 23 est une disposition réparatrice qui vise à remédier aux défauts des systèmes scolaires canadiens. Par ailleurs, dans l'affaire Mahé c. Alberta (qui sera prochainement entendue devant la Cour suprême du Canada), la Cour d'appel de l'Alberta a également reconnu que l'article 1er s'applique aux droits garantis à l'article 23. On peut cependant présumer que le pouvoir judiciaire serait réticent à appliquer l'article 1er, vu la présence de conditions particulières pour l'exercice des droits garantis à l'article 23.

Par ailleurs, le pouvoir dérogatoire prévu à l'article 33 de la Charte ne s'applique pas à l'article 23; il ne saurait donc y avoir de dérogation à ses dispositions par les législatures provinciales.

2. Conditions relatives aux citoyens

Les paragraphes 23(1) et (2) de la Charte prévoient ce qui suit:

> 23. (1) Les citoyens canadiens:
> a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,
> b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

> ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.
>
> (2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

Les droits à l'instruction dans la langue de la minorité sont réservés aux citoyens canadiens. Les non-citoyens, tels les immigrants reçus, sont exclus. En outre, les droits sont acquis par l'un ou l'autre des parents, et non par leurs enfants, car les seuls à être tenus de respecter les conditions sont les parents.

Les parents citoyens canadiens acquièrent le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité dans l'une des trois situations suivantes:

a) Les parents résident dans une province où la première langue qu'ils ont apprise et qu'ils comprennent encore est celle de la minorité de cette province (alinéa 23(1)a))*.

Il est clair que la "première langue apprise", que ce soit au Canada ou à l'étranger, doit être le français ou l'anglais. Ainsi, les parents dont la première langue n'est ni le français ni l'anglais n'ont pas droit à l'enseignement dans leur langue tandis que ceux qui répondent à ce critère n'y ont droit que s'ils "comprennent" l'une ou l'autre langue. En outre, ces droits ne sont acquis que lorsque la "première langue apprise" par le parent est la langue de la minorité de sa province de résidence. La "langue de la minorité" est donc définie sur un plan provincial et non régional. Par conséquent, des parents qui parleraient la langue de la majorité dans leur province de résidence ne pourraient invoquer cette disposition s'ils manifestaient l'intention de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité, même si celle-ci prédominait dans une région donnée.

---

* Aux termes de l'article 59 de la Charte, la province de Québec est dispensée de l'application de cette disposition jusqu'à ce qu'elle décide, par voie législative ou administrative, de s'y conformer.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

b) Les parents ont reçu au Canada leur instruction, au niveau primaire, dans la langue de la minorité de la province dans laquelle ils résident (alinéa 23(1)b)).

Contrairement à la disposition dont nous venons de parler, qui est fondée sur la première langue apprise et encore comprise, que ce soit au Canada ou ailleurs, cet alinéa s'applique aux parents qui ont effectivement reçu leur enseignement dans l'une ou l'autre des deux langues parlées par la minorité de leur province de résidence. Ces parents ne sont toutefois admissibles que s'ils ont reçu leur enseignement dans cette langue au niveau primaire - la langue d'enseignement au niveau secondaire étant exclue - et seulement si cet enseignement a été reçu dans une école canadienne. Cette disposition est communément appelée la "clause Canada".

c) Les parents ont un enfant qui a reçu ou reçoit son instruction au niveau primaire ou secondaire dans l'une ou l'autre des langues officielles au Canada.

Ils ont alors le droit de faire instruire tous leurs enfants dans cette langue (paragraphe 23(2)). Contrairement aux dispositions précédentes, ce paragraphe traite moins des droits à l'instruction dans la langue de la minorité que de l'uniformité de la langue d'enseignement chez les enfants d'une même famille.

C'est en vertu de ces deux derniers paragraphes que la Cour suprême du Canada s'est prononcée la première fois sur l'article 23 de la Charte. Dans l'arrêt Association des commissions scolaires protestantes du Québec, la Cour a unanimement jugé inconstitutionnelles certaines dispositions de la loi 101 du Québec (la Charte de la langue française), notamment celles qui limitaient l'accès à l'instruction dans la langue anglaise:

1) aux enfants dont le père ou la mère avaient terminé leur cours élémentaire en anglais au Québec;

2) aux enfants dont la mère ou le père avaient terminé leur cours élémentaire en anglais ailleurs qu'au Québec, mais étaient domiciliés au Québec le 26 août 1977;

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

3) aux enfants qui recevaient déjà, avant cette date, leur instruction en anglais au Québec, de même qu'à leurs frères et soeurs.

Tout en admettant que l'article 23 de la Charte puisse être assujetti à la disposition limitative de l'article 1er, la Cour a refusé que l'uniformité des critères applicables dans tout le pays pour l'accès aux écoles de langue minoritaire soit restreinte par des dispositions provinciales. La "clause Québec" a donc été rejetée et remplacée par la "clause Canada."

3. Conditions relatives aux nombres

Le dernier paragraphe de l'article 23 de la Charte se lit comme suit:

> (3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province:
> a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;
> b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.

Aux termes de cette disposition, la Charte prévoit que des services ou des établissements d'enseignement dans la langue de la minorité doivent être mis à la disposition des citoyens qui répondent à l'un des critères des paragraphes 23(1) et (2) lorsque, dans une province, il existe un nombre suffisant d'élèves pour justifier l'organisation et le financement de ces services par l'État. Le critère est donc le nombre d'élèves requis pour justifier le service; s'il est insuffisant, les citoyens sont totalement privés de leurs droits en vertu de la Charte.

Il ressort de la jurisprudence qu'il faut prendre soin de distinguer le nombre requis pour recevoir l'instruction dans la langue de la minorité (alinéa 23(3)a)) du nombre requis pour avoir droit à des établissements d'enseignement (alinéa 23(3)b)). Il s'agit en effet de deux

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

droits différents, d'où le pluriel du titre de l'article 23: "Droits à l'instruction dans la langue de la minorité".

Ainsi, la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire Re Education Act of Ontario, a statué que le droit conféré par l'alinéa 23(3)b) est plus étendu que celui conféré par l'alinéa 23(3)a), car les établissements d'enseignement en cause doivent être ceux de la minorité et être homogènes. Par ailleurs, dans l'affaire Commission des écoles fransaskoises Inc. c. Procureur général de la Saskatchewan, la Cour du banc de la Reine de cette province a statué que le nombre suffisant varie selon qu'on considère le droit à l'instruction ou le droit à des établissements d'enseignement. Dans l'affaire Re School Act, la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard en est arrivée à la même conclusion et, dans l'affaire Mahé c. Alberta, la Cour du banc de la Reine de l'Alberta a conclu qu'un nombre suffisant pour justifier le droit à l'instruction ne l'était pas pour justifier le droit à des établissements d'enseignement. Enfin, dans l'affaire Lavoie c. Procureur général de la Nouvelle-Écosse, la Cour d'appel de cette province a statué que le nombre requis aux termes de l'alinéa 23(3)b) doit être plus considérable que celui requis en vertu de l'alinéa 23(3)a), en raison du montant plus élevé des coûts.

Le libellé du paragraphe 23(3) ne nous renseigne cependant pas sur la façon de comptabiliser ces nombres suffisants. Doit-on se fonder sur le nombre réel de demandes ou sur un nombre potentiel? Mis à part l'arrêt Marchand c. Simcoe Board of Education, qui a choisi l'approche du nombre potentiel en se fondant sur des données démographiques, les autres arrêts sur la question (Mahé, Commission des écoles fransaskoises Inc., Re School Act et Lavoie) ont tous opté pour l'approche du nombre réel, en se fondant sur les demandes ou inscriptions officielles, sous réserve d'une publicité adéquate afin de faire connaître leurs droits aux parents (affaires Re School Act et Lavoie). L'utilisation de données démographiques n'a donc pas convaincu la majorité des tribunaux.

a. Droit à l'instruction

Le premier jugement concernant le nombre justifiant l'instruction dans la langue de la minorité a été l'arrêt Re Education Act of Ontario. La Cour d'appel de l'Ontario y a statué que la détermination

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

du nombre ne devait pas se faire en fonction des districts scolaires établis mais plutôt dans une perspective provinciale. En outre, la Cour a jugé inacceptable qu'un pouvoir discrétionnaire soit accordé aux conseils scolaires pour la détermination de ce nombre, car celui-ci ne peut être fixé que par l'autorité législative ou gouvernementale. Ces principes ont été confirmés par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire Mahé, qui sera bientôt entendue en appel par la Cour suprême du Canada.

Divers arrêts ont expressément traité du nombre suffisant quant à l'instruction dans la langue de la minorité. Dans l'arrêt Re Education Act of Ontario, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que l'exigence de 25 élèves dans les écoles primaires et de 20 élèves dans les écoles secondaires était inconstitutionnelle, car basée sur des chiffres trop rigides et arbitraires qui ne tenaient pas compte des circonstances locales. (Par la suite, l'Assemblée législative de l'Ontario a adopté, en décembre 1984, la loi 119 qui prévoit que le nombre minimal est "un".) Dans l'affaire Commission des écoles fransaskoises Inc., la Cour du banc de la Reine de la Saskatchewan a jugé que le nombre de 15 élèves par classe n'était aucunement arbitraire et déraisonnable. Dans l'affaire Re School Act, la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard a conclu qu'elle n'avait pas les éléments de preuve requis concernant des aspects tels que le transport, les coûts et la grandeur du territoire pour juger de la validité du nombre de 25 élèves répartis sur trois niveaux, mais elle a statué que l'article 23 n'exige pas que le nombre requis pour le droit à l'instruction soit le même pour les élèves de minorité linguistique que pour ceux de la majorité. Enfin, dans l'affaire Lavoie c. Procureur général de la Nouvelle-Écosse, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que 50 élèves répartis de la première à la huitième année représentaient un nombre suffisant car le droit à l'instruction doit être considéré comme un droit constitutionnel minimum. On observe donc des écarts quant au nombre dans la jurisprudence actuelle. La différence des situations factuelles et les diverses interprétations données par les tribunaux montrent bien la difficulté d'arriver à un nombre unique pour l'ensemble du pays.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

b. Droit aux établissements d'enseignement

Les principes énoncés par la Cour d'appel de l'Ontario relativement au droit à l'instruction s'appliquent également au droit aux établissements d'enseignement (non-limitation aux territoires des conseils scolaires et refus d'un pouvoir discrétionnaire à ces derniers).

Sans préciser de nombres, la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard, dans l'affaire Re School Act, a statué que le nombre requis pour le droit aux établissements était plus élevé que celui requis pour le droit à l'instruction. La Cour d'appel de l'Alberta, dans l'affaire Mahé, a été plus explicite en statuant que les nombres exigés sont liés aux coûts et qu'un conseil scolaire de 500 élèves à Edmonton ne serait pas économiquement rentable. Enfin, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, dans l'affaire Lavoie, a statué que 50 élèves ne représentaient pas un nombre suffisant pour financer un établissement homogène. Jusqu'à présent, ce sont les deux seuls tribunaux qui aient eu à se prononcer sur un nombre précis quant au droit aux établissements. Encore une fois, le nombre requis ne peut que différer d'une province à une autre, et l'élaboration d'un nombre national paraît tout aussi hasardeuse.

C. Étendue des droits

1. Droit à l'instruction

Le droit à l'instruction correspond à l'enseignement donné aux enfants de parents admissibles et s'applique aux niveaux primaire et secondaire; il ne saurait donc s'étendre aux niveaux collégial et universitaire. Quant à la nature de cette instruction, la jurisprudence l'a quelque peu précisée.

La Cour suprême du Nouveau-Brunswick, dans l'arrêt Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Minority Language School Board No. 50, a statué que les francophones ne sont pas obligés de fréquenter l'école française; ils ont donc un droit facultatif. La Cour a également statué que l'alinéa 23(3)a) prévoit un droit à l'enseignement en français et non un droit à l'enseignement en immersion française dans des écoles anglaises. Il faut donc une formation complète dans la langue minoritaire et non un apprentissage rudimentaire. Dans le même ordre d'idées, la Cour

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

suprême de la Colombie-Britannique, dans l'affaire Whittington c. Board of School Trustees of Schools District No. 63 (Saanich), a conclu que l'alinéa 23(1)a) ne confère aucunement aux membres de la majorité anglophone le droit d'envoyer leurs enfants dans des classes d'immersion, car il n'accorde des droits qu'aux minorités linguistiques des provinces.

Par ailleurs, la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire Re Education Act of Ontario, a précisé que le droit à l'instruction ne comprend pas uniquement le droit à des classes, mais également le droit de recevoir un enseignement qui reflète et transmet les valeurs de la communauté de langue officielle minoritaire. La Cour d'appel de l'Alberta, dans l'affaire Mahé, a confirmé que l'instruction en français signifiait plus que le simple apprentissage du français, car l'objet de l'instruction est qu'une personne soit suffisamment versée dans sa langue pour participer effectivement à l'une des deux communautés linguistiques du Canada. La Cour a aussi ajouté la possibilité d'avoir des programmes homogènes, en statuant que les exigences pédagogiques peuvent requérir l'isolement de la clientèle et l'exclusion des enfants dont les parents n'ont pas les capacités linguistiques suffisantes. Enfin, dans l'arrêt Lavoie, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a statué que le droit à l'instruction comprenait un environnement approprié, consistant au minimum en des professeurs, des classes, des manuels, du matériel scolaire, de l'équipement audio-visuel et tout autre article nécessaire à la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité linguistique.

2. Droit aux établissements d'enseignement

Le droit aux établissements porte sur le cadre dans lequel l'enseignement est dispensé. Les établissements peuvent prendre la forme de classes, d'écoles ou de conseils scolaires homogènes, si le nombre le justifie. Les services et les installations accessoires (cafétéria, gymnase, etc.) ont également été reconnus comme faisant partie du droit aux établissements. Enfin, la jurisprudence en a reconnu un autre aspect: le droit de gestion.

La Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire Re Education Act of Ontario, a reconnu pour la première fois ce droit de gestion, sans toutefois définir son contenu et sa forme. Elle s'est contentée d'indiquer

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

qu'il consistait à garantir l'autorité exclusive de la minorité sur les aspects de l'enseignement touchant la nature de la langue minoritaire, en statuant que les parents ont le droit de participer à la gestion des établissements et qu'un des moyens possibles pour y parvenir serait la représentation proportionnelle et garantie. Elle a conclu que le droit de gestion ne dépend pas d'un nombre minimal mais est inclus dans le droit aux établissements qui, lui, en dépend.

La Cour du banc de la Reine de l'Alberta, dans l'affaire Mahé, a statué que les établissements devraient être des écoles homogènes avec un droit de gestion. Elle n'a pas défini la forme de ce droit mais a précisé qu'il ne conduisait pas nécessairement à l'institution de conseils scolaires homogènes. Elle a par ailleurs défini les éléments sur lesquels la gestion devait porter, soit les dépenses liées à l'enseignement, l'embauche et la direction des responsables de l'administration et de l'instruction, l'établissement des programmes, le recrutement et le déploiement du personnel et les ententes relatives à l'instruction. La Cour a également statué qu'aucune forme particulière de gestion n'est prévue, que seules les collectivités assez nombreuses pouvaient obtenir l'infrastructure complète de gestion (soit des conseils scolaires homogènes), que le choix de la structure de gestion appartenait toujours à la province et que le droit de gestion de la minorité n'équivalait pas nécessairement à celui de la majorité, car cette question est liée aux coûts. Ainsi, les garanties scolaires se trouveraient limitées par ce qui est réalisable sur le plan économique.

La Cour du banc de la Reine de la Saskatchewan, dans l'affaire Commission des écoles fransaskoises, a statué que le droit de gestion est inclus dans le droit aux établissements, qu'il ne peut se résumer à l'établissement de simples comités consultatifs (bien que ceux-ci soient acceptables quant au droit à l'instruction), et qu'il ne consiste pas automatiquement à établir des écoles homogènes (vu la question des coûts).

La Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard, dans l'affaire Re School Act, n'a pas traité expressément du droit de gestion mais a plutôt reconnu un droit de participation au développement et à la

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

mise en oeuvre des programmes d'instruction (par l'intermédiaire de conseillers scolaires) qui s'appliquerait implicitement à l'ensemble de l'article 23 (et donc tant au droit à l'instruction qu'au droit aux établissements).

Enfin, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, dans l'affaire Lavoie, a statué que le droit aux établissements comprenait le droit d'élire des conseillers scolaires, de tenir des assemblées et de gérer les écoles. La Cour a également conclu que les moyens institutionnels relatifs au droit de gestion devaient être déterminés par la province.

3. Égalité des services

Un dernier aspect des droits à l'instruction dans la langue de la minorité prévus à l'article 23 a été abordé par les tribunaux: il s'agit de l'égalité des services offerts à la minorité et à la majorité.

Dans l'affaire Re Education Act of Ontario, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que l'instruction dispensée au groupe linguistique minoritaire doit être de qualité égale à celle que reçoit le groupe majoritaire. Dans l'affaire Marchand, la Cour suprême de l'Ontario a statué que les établissements doivent être de qualité égale, c'est-à-dire que les écoles de la minorité doivent avoir les mêmes avantages (notamment les services de transport et les installations accessoires) que ceux de la majorité. Cette approche s'appuie sur la nature même de l'article 23, à la lumière de l'article 15 de la Charte. Dans l'affaire Marchand, la Cour a même émis une ordonnance enjoignant au conseil scolaire de construire un gymnase, un atelier et une cafétéria.

Par ailleurs, dans les affaires Mahé et Commission des écoles fransaskoises, les tribunaux ont statué que les services de la minorité et de la majorité doivent être de même qualité mais que chaque cas doit être évalué au mérite. De plus, ils ont indiqué que ce droit découle uniquement de l'article 23 (avec des garanties précises et limitées) et non de l'article 15; d'après eux, l'article 15 ne peut servir à interpréter l'article 23, car ce dernier y fait exception.

La Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard, dans l'affaire Re School Act, a statué qu'il doit y avoir égalité de traitement lorsque le nombre est égal, ce qui a pour effet de conditionner l'égalité au nombre

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

et aux circonstances. Ainsi, contrairement à ce que prévoit l'arrêt Marchand, les services ne devrait pas automatiquement être de même qualité que ceux de la majorité.

Finalement, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, dans l'affaire Lavoie, a statué que les établissements doivent être raisonnablement accessibles à la clientèle; ils ne doivent pas être trop éloignés du principal secteur géographique où se trouve la majorité des élèves concernés, afin d'éviter des trajets d'autobus trop longs. La Cour a même précisé que des trajets de 40 et 50 minutes étaient trop longs pour des élèves de niveau primaire et que des trajets de 20 à 30 minutes seraient adéquats. La Cour a désigné elle-même l'emplacement où les droits à l'enseignement pouvaient s'exercer: c'était la première fois qu'un tribunal se substituait à un conseil scolaire pour ce faire.

D. Commentaires

Les droits prévus à l'article 23 sont complexes et les conditions liées à leur exercice les rendent difficiles à interpréter. De plus, malgré la portée nationale et la nature constitutionnelle de cet article, son application dépend du contexte factuel qui ne peut que varier d'une province à l'autre (voire d'une région à l'autre), selon les différentes compositions démolinguistiques au Canada.

D'après les jugements rendus, nous pouvons constater que le contenu de l'article 23 a fait l'objet d'une interprétation large, notamment la suite du jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire Re Education Act of Ontario. Cependant, l'application concrète des principes qu'il énonce n'a pas toujours été aussi large, notamment en ce qui concerne les nombres suffisants et les coûts.

Il sera intéressant d'observer quelle attitude prendra la Cour suprême du Canada lorsqu'elle se prononcera sur l'affaire Mahé. Confirmera-t-elle l'interprétation large des principes? Imposera-t-elle une libéralisation quant à l'application? Fera-t-elle mention de la thèse du "compromis historique", utilisée dans les causes linguistiques pour justifier une approche restrictive?

Jusqu'à présent, les tribunaux se sont surtout contentés d'interpréter les dispositions de l'article 23 et ont évité d'émettre des

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

ordonnances. Il sera intéressant de vérifier si cette attitude se modifiera à la lumière des clarifications émanant de la jurisprudence. Le prochain jugement de la Cour suprême du Canada devrait nous donner des éléments de réponse.

CHRONOLOGIE

1867 - Les Pères de la Confédération protègent les droits scolaires confessionnels dans l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867, qui ne fait toutefois pas mention de droits scolaires linguistiques.

1917 - Le Comité judiciaire du Conseil privé confirme la validité du Règlement 17 promulgué par le gouvernement de l'Ontario en 1912 en soutenant que l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 protège les droits et privilèges consentis avant la Confédération relativement à l'enseignement religieux et non pas à la langue d'enseignement (Trustees of the Roman Catholic Separate Schools for Ottawa c. Mackell).

1968 - Créée en 1963 pour faire enquête et recommander des façons de renforcer le bilinguisme et le biculturalisme au Canada, la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme publie un rapport en quatre volumes, dont le deuxième recommande qu'on dispense un enseignement financé sur les fonds publics dans chaque langue officielle minoritaire aux niveaux élémentaire et secondaire dans les districts bilingues.

1969 - Le gouvernement fédéral publie un document intitulé La Constitution et le citoyen dans lequel il recommande qu'on garantisse dans la Constitution le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité de sorte que chaque personne puisse être éduquée dans la langue de son choix dans les régions où cette langue est aussi celle choisie par un nombre de personnes suffisant pour justifier les établissements nécessaires.

1970 - Une entente fédérale-provinciale est conclue en vue de la mise sur pied d'un programme de bilinguisme en éducation. Le gouvernement accepte de subventionner une partie de l'enseignement dispensé dans la langue de la minorité et de l'enseignement de la langue seconde, selon une formule basée sur le nombre des inscriptions et le temps consacré à ces programmes dans chaque province.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

1977 - À la Conférence des premiers ministres qui se tient à St. Andrews, les premiers ministres provinciaux conviennent de faire de leur mieux pour assurer l'instruction dans la langue de la minorité anglophone ou francophone, là où le nombre d'élèves le justifie. Ce premier engagement est révisé l'année suivante au cours de la Conférence des premiers ministres qui se tient à Montréal, où l'on convient que chaque enfant appartenant à la minorité linguistique francophone ou anglophone a le droit d'être instruit dans sa langue aux niveaux primaire et secondaire dans chaque province où le nombre le justifie.

1978 - Le gouvernement fédéral publie un livre blanc intitulé Le temps d'agir et dépose à la Chambre des communes le projet de loi C-60, "Loi constitutionnelle de 1978", dans lequel il propose une charte des droits et libertés qui garantirait, entre autres choses, le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité.

1979 - Créée en 1977 avec le mandat d'examiner certaines questions touchant l'unité canadienne, la Commission de l'unité canadienne publie toute une série de rapports. Dans le rapport intitulé Se retrouver, la Commission insiste sur la nécessité de protéger dans les lois provinciales les droits à l'enseignement dans la langue de la minorité conformément aux termes de l'accord conclu au cours de la Conférence des premiers ministres qui s'est tenue à Montréal en 1978; elle souligne que ce droit devrait être étendu aux enfants de chaque minorité qui changent de province de résidence.

1980 - Le gouvernement fédéral adopte un "Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada", puis un Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes est créé pour examiner le projet de résolution et en faire rapport. Ce Comité apporte plusieurs modifications à l'article 23 de la Charte, concernant les droits à l'instruction dans la langue de la minorité.

1982 - La Loi constitutionnelle de 1982 est proclamée en vigueur.

1988 - Adoption de la nouvelle Loi sur les langues officielles, qui prévoit l'engagement du gouvernement fédéral à favoriser l'épanouissement des minorités de langue officielle au Canada et à appuyer leur développement.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

Beaudoin, Gérald-A. "Les droits des minorités: mythe ou réalité? La protection constitutionnelle des minorités". Les Cahiers de droit, vol. 27, n° 1, mars 1986, p. 31-52.

Bilodeau, Roger. "La langue, l'éducation et les minorités: avant et depuis la Charte canadienne des droits et libertés". Manitoba Law Journal, vol. 13, n° 3, 1983, p. 371-388.

Braën, André. "Les droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada et l'interprétation judiciaire". Revue générale du droit, vol. 19, 1988, p. 311-337.

Commissaire aux langues officielles. Rapport annuel 1985. Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1986. Consulter en particulier la Partie V: "La jeunesse, la langue et l'enseignement".

Commission de l'unité canadienne. Se retrouver. Ottawa, 1979.

Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. Rapport, Livre II: L'éducation. Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968.

Foucher, Pierre. "Les droits linguistiques en matières scolaires". Les droits linguistiques au Canada. Michel Basterache et al. (éd.) Montréal, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1986, p. 369-325.

Foucher, Pierre. Les droits scolaires constitutionnels des minorités de langue officielle du Canada. Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1985.

Foucher, Pierre. "Les droits scolaires des Acadiens et la Charte". University of New Brunswick Law Journal, vol. 33, 1984, p. 97-153.

Magnet, Joseph E. "Minority Language Educational Rights". Supreme Court Law Review, vol. 4, 1982, p. 195-216.

Pollard, Bruce G. "Minority Language Rights in Four Provinces". Dans Canada: The State of the Federation 1985. Peter Leslie (éd.). Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1985, p. 193-222.

Proulx, Daniel. "La Loi 101, la clause-Québec et la Charte canadienne devant la Cour suprême: un cas d'espèce?". Revue générale de droit, vol. 16, n° 1, 1985, p. 167-193.

Proulx, Daniel. "La précarité des droits linguistiques scolaires ou les singulières difficultés de mise en oeuvre de l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés". Revue générale de droit, vol. 14, n° 2, 1983, p. 335-370.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

Statistique Canada. Langue de la minorité et langue seconde dans l'enseignement: Niveaux élémentaire et secondaire, 1984-1985. N° de catalogue 81-257. Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1986.

Woehrling, José. "Minority and Equality Rights". McGill Law Journal, vol. 31, 1985, p. 51-92.

JURISPRUDENCE

Trustees of the Roman Catholic Separate Schools for Ottawa c. Mackell, [1917] A.C. 62 (Comité judiciaire du Conseil privé).

Association des commissions scolaires protestantes du Québec c. Procureur général du Québec, [1982] C.S. 673, 140 D.L.R. (3d) 19 (Cour supérieure du Québec); confirmé [1983] C.A. 77 (Cour d'appel du Québec); confirmé [1984] 2 R.C.S. 66, 10 D.L.R. (4th) 321 (Cour suprême du Canada).

Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Minority Language School Board No. 50 (1983), 48 N.B.R. (2d) 361 (Cour du banc de la Reine du Nouveau-Brunswick); (1987), 40 D.L.R. (4th) 704 (Cour d'appel du Nouveau-Brunswick).

Reference Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights (1984), 47 D.L.R. (4th) 491 (Cour d'appel de l'Ontario).

Jean-Claude Mahé c. Alberta (1985), 39 Alb. L.R.(2d) 215 (Cour du banc de la Reine de l'Alberta); (1987), 42 D.L.R. (4th) 514 (Cour d'appel de l'Alberta).

Jacques Marchand c. The Simcoe County Board of Education (1986), 29 D.L.R. (4th) 596 (Cour suprême de l'Ontario); 44 D.L.R. (4th) 171 (Cour suprême de l'Ontario).

Whittington c. Board of School Trustees of School District No. 63 (Saanich) (1987), 44 D.L.R. (4th) 128 (Cour suprême de la Colombie-Britannique).

Laurent Lavoie et al. c. Procureur général de la Nouvelle-Écosse et Cape Breton District School Board (1988), 47 D.L.R. (4th) 586 (Cour suprême de la Nouvelle-Écosse); (1988), 50 D.L.R. (4th) 405 (Cour suprême de la Nouvelle-Écosse); (30 août 1988), (Cour suprême de la Nouvelle-Écosse); infirmé (30 mars 1989), (Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Commission des écoles fransaskoises Inc. c. Procureur général de la Saskatchewan (1988), 48 D.L.R. (4th) 315 (Cour du banc de la Reine de la Saskatchewan).

Reference Re School Act (1988), 49 D.L.R. (4th) 499 (Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard).